

# UNA APROXIMACIÓN A LA CONCEPCIÓN DELIBERATIVA DE LA DEMOCRACIA

DIEGO MORENO RODRÍGUEZ-ALCALÁ  
*Investigador*  
*Universidad de Salamanca*

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. El despliegue del ideal deliberativo.
- III. Algunas derivaciones institucionales.
- IV. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

### I.1. ACLARACIÓN METODOLÓGICA

El objetivo de este trabajo consiste en brindar una aproximación a los elementos y temas principales que constituirían el núcleo de una teoría de la democracia deliberativa. El estudio de esta teoría presenta, empero, ciertas dificultades, en razón de que no sería del todo exagerado sostener que cada autor que se ha ocupado de ella tiene su propia concepción acerca de lo que debería ser la democracia deliberativa. No resultaría extraño, por tanto, encontrar teorías de la democracia deliberativa de diverso signo que se hallen en conflicto entre sí, ya sea sobre cuestiones de enfoque general, o bien con relación a algunas cuestiones más específicas.

Para algunos autores, la democracia deliberativa constituye en última instancia una teoría acerca de la justificación de las decisiones políticas. Al eslogan «la democracia significa la regla de la mayoría», la concepción deliberativa añade la frase «los ganadores deberían hacer lo más que puedan para justificar su posición a los perdedores»<sup>1</sup>. Para otros autores, la teoría de la democracia

1 Robert GEORGE, «Democracy and Moral Disagreement», publicado en Stephen MACEDO (ed.), *Deliberative Politics* (Oxford: Oxford University Press, 1999), p. 189. (En el primer entrecomillado el autor cita al miembro de la Corte Suprema de Estados Unidos, Antonin Scalia.)

deliberativa constituye una teoría acerca del papel que debe desempeñar la razón en el ámbito de la política<sup>2</sup>. Pero mientras que algunos buscan la racionalidad en el contenido mismo de la deliberación, limitando de esta manera el tipo de argumentos que pueden ser válidamente esgrimidos en una asamblea deliberante, otros transfieren la racionalidad a la estructura y a las reglas que configuran el procedimiento deliberativo, permitiendo de esta manera una deliberación que incluya una gama más variada de argumentos<sup>3</sup>. Otros presentan una aspiración más modesta, y exigen únicamente que la comunicación esté presente en el proceso político, de manera a posibilitar que éste canalice la formación de la voluntad política a través de los procedimientos institucionalizados<sup>4</sup>. Algunos mantienen que la democracia deliberativa constituye una teoría normativa acerca de la mejor manera de legitimar la toma de decisiones colectivas; otros sostienen que la democracia deliberativa también pretende ser una teoría descriptiva de las instituciones existentes en las democracias occidentales contemporáneas, tales como el parlamentarismo, la adopción de leyes a través de asambleas legislativas con todo el cúmulo de reglas y procedimientos que ello trae aparejado, la existencia de partidos de gobierno y de oposición, etc.<sup>5</sup> Finalmente, están quienes sostienen que la deliberación constituye el mejor método para alcanzar soluciones justas o correctas, en tanto que otros no se atreven a llevar las conclusiones de sus teorías deliberativas hasta este extremo.

Otra dificultad metodológica radica en el hecho de que no siempre la democracia deliberativa es presentada como una doctrina política diferenciada —lo cual hubiera presentado notorias facilidades desde el punto de vista de su estudio—, sino que elementos del ideal deliberativo aparecen formando parte de las más dispares doctrinas políticas. Así, Cohen señala que aspectos de la democracia deliberativa han sido tenidos en cuenta en el pensamiento republicano, en teorías democráticas radicales y socialistas que apuntan a la crítica de la política en las sociedades capitalistas, y también en el pensamiento de autores liberales como John Rawls<sup>6</sup>. Para complicar más las cosas, notamos que ciertos elementos del ideal deliberativo han estado presentes en épocas más remotas de la historia del pensamiento político sin que hayan recibido un

Tanto esta traducción del original en inglés como todos los demás pasajes que de dicha lengua original sean citados en lo sucesivo corresponden al autor.

2 Tal es el caso de Amy GUTMANN y Dennis THOMPSON, en *Democracy and Disagreement* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1996), p. 2.

3 Sobre todo las teorías procedimentales y discursivas que serán abordadas más abajo.

4 Por ejemplo, John S. DRYZEK, *Deliberative Democracy and Beyond* (Oxford: Oxford University Press, 2000).

5 Seyla BENHABIB, «Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy», en Seyla Benhabib (ed.), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1996), p. 72.

6 Joshua COHEN, «Deliberation and Democratic Legitimacy», en Robert E. GOODIN y Philip PETTIT, *Contemporary Political Philosophy. An Antology* (Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 1997), p. 143.

tratamiento como cuerpo doctrinal específico, a diferencia de lo que ocurrió con otras doctrinas políticas<sup>7</sup>.

Naturalmente, todo esto complica las posibilidades de presentar un estudio sistemático acerca de la democracia deliberativa. Independientemente a esto, creemos que es posible identificar un conjunto de tesis, temas, propuestas y aspiraciones comunes que formarían el núcleo de una teoría de la democracia deliberativa diferenciada de otras doctrinas políticas<sup>8</sup>. En efecto, a partir de la última década del siglo xx, y como reacción a otras teorías tales como el constitucionalismo liberal clásico o las teorías políticas del pluralismo de intereses basadas en los métodos de análisis económico, fue adquiriendo relevancia un movimiento que propiciaba explícitamente una concepción deliberativa de la democracia, con un conjunto de tesis, posiciones y propuestas específicas que ofrecer. Es precisamente éste el movimiento al que acudiremos en este trabajo para intentar articular los contornos fundamentales de una teoría de la democracia deliberativa.

## I.2. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

¿Cuáles son, pues, las aspiraciones y propuestas distintivas que conformarían la base de una teoría de la democracia deliberativa? Jon Elster nos dice que el núcleo del concepto de democracia deliberativa está dado por dos elementos: el elemento democrático y el elemento deliberativo. El primero de ellos exige la toma de decisiones colectivas con la participación de todos los que se verán afectados por una decisión o sus representantes. El segundo incluye la toma de decisiones por medio de argumentos ofrecidos por y para los participantes, los cuales deberían estar comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad<sup>9</sup>.

Por su parte, Joshua Cohen manifiesta que la democracia deliberativa hunde sus raíces en la idea de una asociación democrática en la cual la justificación de los términos y condiciones de dicha asociación proceden de la argumentación pública y del razonamiento realizado entre ciudadanos que se consideran mutuamente como libres e iguales<sup>10</sup>. Por tanto, las instituciones democráticas deberían aspirar a posibilitar condiciones adecuadas de deliberación pública.

7 Elster realiza una breve pero ilustrativa reseña histórica que incluye la democracia ateniense, las ideas de Burke y de la revolución francesa, aspectos del pensamiento de Mill, etc. Ver la «Introducción» a la compilación llevada a cabo por el mismo autor, *Democracia Deliberativa* (Barcelona: Gedisa, 2000).

8 Lo cual no significa que no pueda aparecer como complementaria de otra doctrina, como ocurre cuando la democracia deliberativa es concebida como un elemento del ideal republicano, o como parte del liberalismo político de Rawls.

9 ELSTER, op. cit., p. 21.

10 Citado por Frank CUNNINGHAM, en *Theories of democracy. A critical introduction* (London: Routledge, 2002), p. 163.

A su vez, Seyla Benhabib sostiene que la democracia deliberativa constituye una condición necesaria para lograr que la toma de decisiones colectivas se adecue a los criterios de legitimidad y de racionalidad<sup>11</sup>. Si queremos que nuestras decisiones políticas sean legítimas y racionales, la mejor manera de lograr esto es mediante un procedimiento de deliberación que posibilite la participación de todos los afectados. En palabras de Habermas, las decisiones e instituciones legítimas son aquellas que serían acordadas por los afectados, si es que pudieran participar, como personas libres e iguales, en un procedimiento discursivo de formación de la voluntad<sup>12</sup>.

En el presente estudio, pondremos énfasis en una concepción de la democracia deliberativa como (a) una teoría acerca de la legitimidad de las decisiones colectivas, (b) la cual ofrece un modelo específico del proceso político como espacio propicio para la formación, a través del diálogo, de una voluntad política inclusiva, (c) en la cual se otorga relevancia al papel de la razón en el ámbito de la política y (d) se aboga por una agenda pública amplia y democrática, en donde puedan discutirse abiertamente todos los problemas que la sociedad estime relevantes.

Todas estas formulaciones un tanto abstractas podrán servirnos, por de pronto, como punto de partida. No obstante, para aprehender mejor la idea de la democracia deliberativa, nos resultará más útil examinar el despliegue teórico de la idea en su aplicación a ciertos temas específicos. Teniendo esto en mente, en lo que sigue proseguiremos de la siguiente manera. En primer lugar, examinaremos la noción distintiva del proceso político que la democracia deliberativa presenta. Luego analizaremos la aspiración que la teoría propugna con relación a la amplitud de la agenda política y contra un estrechamiento del concepto de razón pública, reaccionando de esta manera contra ciertas versiones del constitucionalismo liberal. Esta crítica dará pie a que nos adentremos en una variante muy fecunda de la democracia deliberativa, a saber, la concepción discursiva y procedimental de la democracia. Seguidamente abordaremos la cuestión de si la democracia deliberativa cumple o no una función epistémica, si aspira indefectiblemente al consenso, y en caso contrario, cómo justifica la regla mayoritaria. A continuación intentaremos disipar algunos malentendidos ocasionales que suscita la democracia deliberativa con relación a la idea de la virtud cívica y a una supuesta visión perfeccionista de la política. Finalmente, nos ocuparemos muy brevemente de algunas derivaciones institucionales de la teoría, seleccionando dos temas concretos en los que la misma se ha mostrado muy fecunda: la teoría de la representación y la teoría del control judicial de constitucionalidad.

11 Idem.

12 Idem.

## II. EL DESPLIEGUE DEL IDEAL DELIBERATIVO

### II.1. VISIÓN DEL PROCESO POLÍTICO

Una de las tesis centrales de la democracia deliberativa se manifiesta en la visión que ésta tiene del proceso político como ámbito en cual pueden formarse y transformarse las preferencias de las personas mediante la comunicación y el diálogo. En las sociedades modernas, la toma de decisiones por parte de individuos libres, iguales y racionales puede adoptar, exhaustivamente, tres modalidades: la votación, la negociación, y la deliberación<sup>13</sup>. Las concepciones deliberativas de la democracia ponen énfasis en la última de las modalidades por considerarla como la forma más legítima de adoptar decisiones colectivas.

Bajo un modelo puro de toma de decisiones por votación, el proceso político cumple la única función de agregar las preferencias prefijadas de antemano a dicho proceso, de manera a determinar, por aplicación del principio mayoritario, cuáles serán las preferencias que habrán de prevalecer sobre las demás. El proceso político no tiene la función de transformar las preferencias autointeresadas que los participantes traen desde la esfera privada al proceso político.

La modalidad de la negociación funciona en términos parecidos al modelo anterior, en el sentido en que ambas conciben al proceso político como una lucha por la prevalencia de los intereses particulares. Los ciudadanos traen consigo al proceso político sus preferencias formadas de antemano. Para hacerlas prevalecer, de conformidad al principio mayoritario o bien mediante el consenso, se disponen a realizar transacciones y concesiones recíprocas de conformidad a una lógica instrumental del cálculo de intereses particulares. Lo que mueve en este caso al entendimiento es el cálculo del interés individual.

Bajo el modelo deliberativo, se considera que el proceso político puede operar para transformar las preferencias autointeresadas que los ciudadanos llevan consigo al proceso en otras preferencias orientadas a la satisfacción de intereses comunes. A las preferencias autointeresadas se agrega, por tanto, la noción del bien común. El modelo deliberativo otorga un rol más activo al proceso político, en el cual éste no se repliega a cumplir la función de mero canalizador de las preferencias privadas. Esta imagen del proceso político exige que los participantes de una asamblea deliberativa se aboquen a un proceso de discusión y de diálogo, basados en argumentos racionales e imparciales que conduzcan a la adopción de una decisión más o menos satisfactoria desde el punto de vista del interés de todos los afectados, o cuando menos apoyados en reglas y estructuras procedimentales que aseguren una cierta dosis de racionalidad al diálogo.

Se exige además que las preferencias políticas se apoyen en justificaciones que puedan al menos ser aceptadas, aunque no compartidas, por los demás participantes. En palabras de Cohen, «(m)ientras que yo puedo tomar mis pre-

13 ELSTER, op. cit., p. 18.

ferencias como razón suficiente para presentar una propuesta, la deliberación bajo condiciones de pluralismo requiere que encuentre razones que hagan mi propuesta aceptable a otros de quienes no se puede esperar que tomen mis preferencias como razón suficiente para estar de acuerdo»<sup>14</sup>. Las «circunstancias de la democracia deliberativa»<sup>15</sup> están dadas precisamente por las condiciones del pluralismo razonable de doctrinas comprensivas en conflicto que son el resultado de las instituciones de una sociedad libre<sup>16</sup>. Estas circunstancias nos exigen buscar formas de razonamiento que puedan ser compartidas y aceptadas por todos los afectados en un proceso de toma de decisiones colectivas. Por ejemplo, según una cierta construcción del ideal deliberativo, no podríamos justificar una ley que imponga el descanso obligatorio los domingos basándonos en las creencias de una determinada fe religiosa, pero sí podríamos hacerlo sobre la base de razones que podrían resultar compatibles con otras creencias religiosas. Podríamos sostener, por ejemplo, que es necesario destinar por lo menos un día de la semana al descanso de los trabajadores<sup>17</sup>. O para utilizar un ejemplo de John Locke, no resultaría lícito utilizar el aparato estatal para prohibir los sacrificios de animales con el objetivo de reprimir el culto de una determinada secta minoritaria, pero sí podría justificarse dicha ley sobre la base de consideraciones relacionadas a la salud pública<sup>18</sup>.

Se percibe aquí un cierto paralelismo entre estas ideas y las de Martín Kriele, para quien la base del proceso político radica justamente en el «traspaso de la idea del proceso jurídico al proceso político de legislación», en donde el *ethos* del representante parlamentario se dirige, al igual que el *ethos* de los jueces, a la búsqueda de la objetividad y de la imparcialidad<sup>19</sup>. Lo primero consiste en una apertura hacia los argumentos ajenos que permitirán la formación de la opinión propia, en tanto que lo segundo significa una «disposición de no dejar que las decisiones de uno sean determinadas por intereses concretos particulares, sino por *máximas* de largo alcance que dan preferencia al interés común...»<sup>20</sup> Kriele considera que las teorías voluntaristas (en este caso ejemplificadas por los modelos de votación y negociación) resultan incapaces de explicar satisfactoriamente la base histórica e ideológica del parlamentarismo, el cual más bien se fundamenta en una pretensión de racionalidad traducida en los valores de objetividad e imparcialidad señalados<sup>21</sup>. Se trata, en de-

14 COHEN, op. cit. Supra nota 6, p. 147.

15 Esto está tomado de la idea de John RAWLS expresada en la fórmula «the circumstances of justice», que en el contexto de su teoría de la justicia estarían dadas por las condiciones de escasez de recursos y del altruismo limitado.

16 John RAWLS, «Una revisión de la idea de razón pública», incluido en la publicación del mismo autor intitulada *El derecho de gentes* (Barcelona, Paidós, 2001).

17 El ejemplo está tomado de Jeremy WALDRON, «Legislation and Moral Neutrality», en la obra del mismo autor *Liberal Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 1993), p. 150.

18 Citado por WALDRON, idem.

19 MARTÍN KRIELE, *Introducción a la teoría del Estado* (Buenos Aires: Depalma, 1980), p. 253.

20 Idem.

21 Ver Ibid., capítulo 4 sobre el parlamentarismo, pp. 231 y sgts.

finitiva, de desterrar la arbitrariedad, el ejercicio bruto del poder o la fuerza del ámbito de la política. En el fondo, la teoría de la democracia deliberativa pretende hacer suyas todas estas aspiraciones.

### II.1.1. Críticas y refutaciones

La visión del proceso político que hemos expuesto podría ser tachada por su idealismo excesivo. No faltaría quien diga cosas tales como «la política es una cuestión de votos, no de charlatanería»<sup>22</sup>, o, «la gente vota de acuerdo a sus intereses, y no motivadas por la búsqueda de una misteriosa entidad denominada 'bien común'», etc. Hay algo de cierto en estas críticas, y más adelante veremos cómo una concepción de la democracia deliberativa asociada a una concepción procedimental y discursiva podría sortear con cierto éxito este tipo de objeciones. Por ahora nos limitaremos a señalar dos argumentos que demuestran que la imagen presentada no es tan idealista como parece sugerir la crítica realista.

En primer lugar, es cierto que las preferencias autointeresadas de las personas juegan un papel importante en la vida política, y que las personas muchas veces no están dispuestas a dejar de lado sus intereses. Pero no es menos cierto que si estas personas pretenden que sus posiciones prevalezcan a la hora de la votación, deberán previamente lograr la adhesión de un número suficiente de votantes para obtener la mayoría necesaria. De modo que para conseguir esta adhesión, deberán necesariamente presentar justificaciones que trasciendan el ámbito del interés particular para apelar a justificaciones que puedan resultar atractivas para otros votantes. Por ejemplo, una cosa es justificar una posición diciendo, «quiero esto porque se me antoja», y otra muy distinta es justificarla sobre la base de razones que puedan apelar igualmente a los demás, como por ejemplo, «si adoptamos esta decisión, nos beneficiaremos todos por tal o cual motivo».

El segundo argumento no se basa en consideraciones meramente consecuencialistas como el anterior («apelo al bien común para lograr una adhesión mayor a mi posición»), sino que busca apoyo en la presencia de cierto tipo de asuntos en la arena política, tales como el debate sobre la eutanasia, el aborto, la esclavitud, etc., en los cuales los ciudadanos parecen demostrar una sincera preocupación por el tipo de sociedad en la cual desean vivir, orientándose más allá del interés individual. Cuando los ciudadanos discuten acerca de estas cuestiones, no parece que estén defendiendo (al menos la mayor parte de las veces), preferencias autointeresadas, sino que más bien parecen estar preocupados realmente por lograr que la sociedad en la cual viven adopte las decisiones que ellos consideran correctas en estos te-

22 Ver, por ejemplo, los sugerentes artículos de Frederick SCHAUER y de Ian SHAPIRO en la compilación de Stephen MACEDO (ed.), *Deliberative Politics* (Oxford: Oxford University Press, 1999).

mas. Sería un tanto exagerado considerar que quien defiende el derecho al aborto lo defiende únicamente porque tiene intenciones de realizar un aborto, o que quien aborrece la esclavitud lo hace únicamente sobre la base de que no posee esclavos (!)

De modo que la crítica realista no es del todo apta para destruir la imagen del proceso político que la concepción deliberativa de la democracia nos presenta. Pero, más allá de esto, recordemos que no estamos tratando únicamente con una teoría meramente descriptiva. El componente normativo de la democracia deliberativa aspira a ofrecer una guía para la acción política. En este sentido la democracia deliberativa se asocia aquí a la idea de la neutralidad liberal, la cual exige que no utilicemos el aparato estatal para imponer nuestras propias consideraciones acerca de lo que nosotros consideramos la buena vida sobre los demás<sup>23</sup>. Si pretendemos tratar a los demás con igual consideración y respeto, entonces no podríamos justificar la utilización del poder coercitivo del Estado para favorecer una cierta concepción de la buena vida en detrimento de otras, forzando de esta manera a quienes no comparten nuestra propia idea de lo bueno a adherirse a ésta. Si bien esta idea resulta polémica, ya que, como veremos adelante, muchas veces no podemos remover de la agenda política cuestiones éticas sobre la buena vida, ello refleja no obstante una de las direcciones teóricas hacia las que el ideal deliberativo ha sido conducido, sobre todo en su vertiente liberal.

## II.2. LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y EL ENSANCHAMIENTO DE LA AGENDA POLÍTICA

El ideal de la democracia deliberativa supone una valorización de las capacidades racionales y deliberativas de los ciudadanos como individuos plenamente capacitados para auto-determinar, mediante la utilización del proceso político, las cuestiones que hacen a la vida en sociedad. En este sentido, el ideal deliberativo se erige como una crítica a ciertas teorías liberales que parecen remover de antemano demasiados asuntos de la agenda política o restringir arbitrariamente el tipo de razones públicas permisibles, mermando de esta forma la capacidad de auto-gobierno de los ciudadanos.

La crítica que formula el ideal deliberativo contra la concepción liberal de la democracia se despliega principalmente en dos frentes. Nos ocuparemos del primero de éstos en el presente parágrafo, dejando el segundo de ellos para el siguiente. El primero de estos frentes ataca la concepción de los derechos del liberalismo constitucional. Al igual que el liberalismo, aunque con fundamentos distintos (conforme veremos más adelante), la concepción deliberativa reconoce derechos fundamentales tanto positivos como negativos. La diferencia está en que, bajo la concepción deliberativa, la determinación del contenido y la extensión de los derechos es concebida como el resultado de los procesos deli-

23 Para una iluminadora exposición, ver WALDRON, op. cit., supra nota 17, pp. 143 y sgts.



berativos. En palabras de Cohen, «(l)os participantes de un procedimiento deliberativo no se ven a sí mismos como sujetos al sistema existente de derechos, excepto y en tanto que dicho sistema establece el marco para la deliberación libre entre iguales. En su lugar, ellos ven al sistema como objeto potencial de su juicio deliberativo»<sup>24</sup>.

La concepción deliberativa parte de la idea de que los derechos fundamentales, aún cuando estén recogidos canónicamente en los textos constitucionales, son esencialmente controvertidos en cuanto a su significado, interpretación, y extensión en una democracia caracterizada por el hecho del pluralismo razonable<sup>25</sup>. Así como pueden existir desacuerdos en los debates sobre las concepciones de la buena vida, también pueden producirse desacuerdos profundos en torno a qué es lo que los derechos y libertades básicas requieren en circunstancias específicas.

Mientras que el constitucionalismo liberal estaría de acuerdo en que los derechos fundamentales deberían ser atrincherados en las constituciones y puestos fuera del alcance de las decisiones políticas corrientes, el ideal deliberativo exige que la cuestión de qué es lo que debe permanecer atrincherado y qué es lo que podría ser objeto del proceso político permanezca abierto al debate. Precisamente porque los derechos y libertades básicas constituyen aspectos tan importantes para la vida de la sociedad, la configuración concreta que los mismos van tomando no puede quedar librada a una élite judicial, sino que debe ser sometida a un amplio debate público en el que puedan ventilarse todas las posturas y argumentos que hagan a dicha configuración. Un atrincheramiento radical de los derechos fundamentales implicaría que mucho de los asuntos morales más significativos de la democracia serán dejados fuera de la agenda política<sup>26</sup>.

En su obra *Democracy and Disagreement*, Gutmann y Thompson sugieren que la política está en gran parte compuesta por una amplia variedad de conflictos morales que no deberían ser resueltos por los órganos judiciales ni tampoco de conformidad a un modelo de agregación de intereses por simple votación o negociación. Estos autores identifican lo que denominan como «democracia media», que consiste en un ámbito típico de la política ordinaria en el cual quedarían incluidos una gran variedad de temas relacionados a los derechos y libertades básicas, como por ejemplo, debates sobre la política de salud pública, la reforma del sistema de bienestar social, la discriminación positiva y el trato preferencial, la protección del medio ambiente, la eutanasia, y otros.

Estos conflictos morales exigen que los ciudadanos actúen como seres capaces de ofrecer y de exigir razones. La idea central de la democracia deliberativa, es ésta: «cuando los ciudadanos o sus representantes mantienen desacuerdos morales, éstos deberían continuar razonando juntos hasta alcanzar

24 COHEN, op. cit. supra nota 6, p. 147.

25 BENHABIB, op. cit., pp. 79-80.

26 Stephen MACEDO, «Introduction», en la compilación del mismo autor: Stephen Macedo (ed.), *Deliberative Politics* (Oxford: Oxford University Press, 1999).

decisiones mutuamente aceptables»<sup>27</sup>. Todo esto naturalmente conduce a la proscripción, al menos en línea de principio, de la judicialización de los problemas políticos que la ciudadanía debería ser capaz de resolver por sí misma. Más abajo, al considerar la institución del control judicial de constitucionalidad, volveremos a insistir con mayor detalle en estos temas (3.2.1.).

### II.3. CONTRA UN CONCEPTO ESTRECHO DE RAZÓN PÚBLICA

El segundo frente de ataque de la democracia deliberativa contra el constitucionalismo liberal tiene que ver con la excesiva estrechez del concepto de razón pública empleado en algunas teorías liberales, por ejemplo, la de John Rawls. Si bien Rawls se presenta a sí mismo como partidario de la democracia deliberativa, no son pocas las críticas que ha recibido desde quienes se han atrevido a llevar los ideales deliberativos más lejos de lo que Rawls permitiría.

Rawls se pregunta cómo es posible lograr el entendimiento y condiciones de cooperación social satisfactorias y estables en sociedades democráticas marcadas por el hecho del pluralismo razonable de doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales en conflicto. Para salir de esta situación de atasco, Rawls sugiere la idea de un «consenso entrecruzado» al que dichas doctrinas comprensivas podrían arribar y que servirían para justificar un diseño constitucional básico y realizar las exigencias básicas de la justicia. En el debate político en torno a estas cuestiones políticas fundamentales los ciudadanos habrán de apelar no a sus respectivas doctrinas comprensivas, sino a la «razón pública», que es la razón común de los ciudadanos en tanto que iguales y cuya aceptación no depende de ninguna doctrina comprensiva en particular. Así, los argumentos válidos en el ámbito de las cuestiones políticas fundamentales serán sólo aquellos que vengan respaldados por la razón pública, no por doctrinas comprensivas específicas que no sean susceptibles de ser aceptadas por todos los ciudadanos.

Con prescindencia de la cuestión epistemológica acerca de la fundamentación monológica y no discursiva de los principios básicos de justicia de Rawls, expondremos aquí dos críticas que desde una visión más ambiciosa del ideal deliberativo se dirigen contra esta idea de razón pública. En primer lugar, Rawls restringe el uso de la razón pública, y consiguientemente, de la deliberación pública que toma lugar a través de la utilización de dicha razón, a cuestiones que tengan que ver con materias constitucionales esenciales y asuntos de justicia básicos<sup>28</sup>. Con ello se podría dar a entender que fuera de este ámbito, la

27 GUTMANN y THOMPSON, op. cit., p. 1.

28 Para Rawls, los fundamentos constitucionales esenciales son: a) un principio fundamental que estructura el gobierno y el proceso político (poderes del gobierno y reglas de la mayoría, por ejemplo); y b) derechos básicos iguales y libertad de ciudadanía que las mayorías legislativas deben respetar (derecho al voto, a la participación, libertad de conciencia, personal y de asociación, y las protecciones del Estado de derecho). Las cuestiones de justicia básica vendrían dadas por el principio de oportunidad (en cualquier concepción razonable) y el mínimo social para las necesidades básicas de los ciudadanos.

deliberación pública no tendría un papel fundamental, soslayándose así el importantísimo espacio de la «democracia media» señalado por Gutmann y Thompson. En este sentido, Rawls no parece haber sentado una postura clara con relación a la extensión de su modelo de razón pública hacia otros niveles que conforman el día a día de la vida política.

La segunda crítica ataca la artificiosidad, y aún la inutilidad, del concepto de razón pública empleado por Rawls. En el fondo de la idea del consenso entrecruzado se encuentra la separación, de raíz kantiana, entre cuestiones éticas o de la buena vida, por un lado, y cuestiones de moral intersubjetiva o de justicia, por el otro. Rawls parece asumir que los ciudadanos pueden simplemente dejar de lado sus creencias éticas sobre la buena vida, que serían irreconciliables entre sí, para dar paso a una idea de la razón pública deslindada de aquellas y que efectivamente pueda ser aceptada por todos. De esta forma, Rawls pretende que las concepciones sobre la buena vida queden fuera del ámbito de la discusión pública, por carecer de un sustrato «neutral» que sea común a todas las concepciones. La razón pública así entendida cumpliría la función de limitar el tipo de razones que pueden válidamente esgrimirse en el ámbito señalado por Rawls. La democracia deliberativa que Rawls propone es, por tanto, *restrictiva*.

El problema con esta concepción restrictiva consiste en que resulta difícil apartar del proceso político (aún cuando se trate de la justificación de cuestiones constitucionales esenciales o de justicia básica) consideraciones sobre la buena vida o la ética. Como bien señala Habermas, no se pueden remover las cuestiones éticas de la esfera pública<sup>29</sup>. Además, las leyes que son producto del proceso político regulan no sólo situaciones de justicia interpersonales, sino también la consecución de objetivos y programas políticos fuertemente imbuidos por doctrinas de la buena vida<sup>30</sup>. Por lo demás, muchas veces las razones públicas que tenemos para obrar están dadas por lo que nos dicta la razón privada, y no resulta nada sencillo suponer que podamos simplemente guardar nuestras razones privadas «en el armario» a la hora de entrar al debate público.

Por otro lado, y para añadir más dificultades al asunto, el concepto de razón pública de Rawls presenta notorias dificultades de aplicación práctica. ¿Hasta dónde un asunto público forma parte de una cuestión constitucional esencial y hasta dónde no? Esto ha llevado a algunos autores a preguntarse si no sería mejor abandonar la idea de razón pública y dar en su lugar la bienvenida al uso de las razones comprensivas en el ámbito público<sup>31</sup>.

29 HABERMAS, op. cit. supra nota 14, p. 307.

30 Jürgen HABERMAS, «El vínculo interno entre Estado y democracia», en la compilación del mismo autor *La inclusión del otro* (Barcelona: Paidós, 1999), p. 250.

31 Ver, por ejemplo, Kent GREENAWALT, «On Public Reason», en Henry S. RICHARDSON y Paul J. WEITHMAN, *The Philosophy of Rawls. Reasonable Pluralism* (5) (New York and London: Garland Publishing, Inc., 1999), pp. 247-267.

La última exposición completa de la idea de razón pública de Rawls aparece en la obra ya citada de este autor, supra nota 15. Para un tratamiento más acabado y riguroso del que aquí hemos tenido ocasión de presentar, nos remitimos al epílogo de Miguel Angel RODILLA en Chandran KU-

## II.4. LA CONCEPCIÓN DISCURSIVA Y PROCEDIMENTAL DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

En el apartado anterior hemos visto las dificultades que reviste el intento rawlsiano de lograr una razón común con la cual acometer la empresa deliberativa de manera racional. Si todos podemos apelar a un conjunto de razones que tenemos en común para debatir acerca de las cuestiones políticas fundamentales, entonces tiene sentido hablar de una democracia deliberativa guiada por el principio de racionalidad. Pero cuando se hace patente que no podemos apelar a una razón pública así concebida, ¿qué bases nos quedan para la discusión racional? ¿Puede salvarse aún el ideal de la democracia deliberativa?

Las teorías de Habermas y de otros autores afines a la posición de éste ofrecen precisamente un modelo atractivo con el cual abordar esta cuestión. Benhabib, por ejemplo, mantiene que en mundo post-iusnaturalista signado por el pluralismo de valores, necesitamos arribar al bien común no mediante el restablecimiento de un código moral o religioso fuertemente unificado. Como la vuelta a este código común de valores sustantivos ya no parece ser posible bajo las condiciones del pluralismo de valores, los acuerdos deben ser buscados al nivel de los procedimientos, procesos y prácticas que sirven para adquirir y revisar nuestros valores sustantivos. En este sentido, el procedimentalismo constituye una respuesta racional a los persistentes conflictos entre valores que tienen lugar a un nivel sustantivo<sup>32</sup>. En el mismo sentido, Cohen expresa que «resulta natural suponer que mediante la exclusión de un consenso comprehensivo en materia de valores, el hecho del pluralismo razonable nos conduzca a una concepción procedimental de la democracia»<sup>33</sup>. Por tanto, la legitimidad se vuelca hacia los procesos y hacia valores asociados a cuestiones procedimentales, tales como la apertura, la igualdad de oportunidades, etc.<sup>34</sup>

Bajo estas concepciones se produce entonces un viraje que va desde la búsqueda de una razón común con la cual deliberar, hacia la institucionalización de los procesos que posibiliten las condiciones de la deliberación pública. La razón se incardina en los procedimientos institucionalizados que permiten la

KATHAS y Philip PETTIT, *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos* (Madrid: Tecnos, 2004), pp. 179-201. También puede resultar sumamente útil, sobre todo para apreciar el contraste entre las ideas rawlsianas y las de Habermas, la introducción de Fernando VALLESPÍN a la compilación de artículos de Jürgen HABERMAS y John RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político* (Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998).

32 BENHABIB, op. cit., p. 73. Señala esta autora además, al señalar la diferencia entre su enfoque con el de Rawls, que en este último la razón pública no es concebida tanto como un *proceso*, sino como «un *principio* regulativo que impone límites acerca de cómo los individuos, instituciones y agencias *deberían razonar acerca de los asuntos públicos*. Los límites de la razón pública están dados por una 'concepción política del liberalismo', (Ibid., p. 75).

33 Joshua COHEN, «Procedure and Substance in Deliberative Democracy», en Benhabib, op. cit., p. 96. Sin embargo, el propio Cohen finalmente termina defendiendo un modelo sustantivo.

34 Idem.

discusión y el diálogo y no en teorías sustantivas sobre los valores y formas de alcanzar la buena vida.

Este enfoque permite superar no solamente las limitaciones que padece la idea de la razón pública de Rawls, sino que además nos permite trascender posiciones republicanas y comunitaristas que se basan en la idea de una ética compartida por la colectividad. Así como para Rawls es posible la deliberación pública por medio de una razón pública que excluya toda referencia a las concepciones éticas globales sobre lo bueno, para el republicanismo comunitarista las condiciones de una democracia deliberativa estarían dadas precisamente por la apelación a una ética común, es decir, por una cierta concepción de la buena vida que es compartida por la colectividad y que permitiría el libre desarrollo de la razón pública, la cual a su vez constituiría el resultado de la concepción compartida.

El enfoque basado en la teoría del discurso<sup>35</sup> prescinde de la existencia de un consenso en materia de autocomprensión ética que posibilite el entendimiento colectivo, consenso que por cierto no se compadece con las condiciones de pluralismo razonable que caracterizan a las democracias occidentales contemporáneas. A parte de cuestiones éticas de auto-comprensión, existen intereses en pugna y orientaciones valorativas enfrentadas que deben ser equilibrados, ponderados o comprometidos, sin que esto quepa hacerse desde un discurso centrado meramente en cuestiones de auto-comprensión ética, y sin descartar tampoco la acción estratégica que también ocupa un lugar en el proceso político<sup>36</sup>. Para Habermas, lo importante es que las condiciones de deliberación sean aptas para conducir a resultados racionales o justos, sin pretender excluir del proceso político ninguna de las aristas que se presentan en la realidad:

La 'deliberación'...cubre un amplio margen de razones. Dependiendo si se trata de razones empíricas, técnicas, prudenciales, éticas, morales o legales, distinguimos entre diferentes tipos de discurso racional y sus correspondientes formas de comunicación. La aceptabilidad racional de las normas no depende sólo, ni siquiera primordialmente, de consideraciones morales, sino también de otras formas de razonamiento, incluyendo procesos de negociación justos. El compromiso forma, después de todo, el núcleo de la política<sup>37</sup>.

El elemento central del proceso político reside, pues, en los procedimientos de la política deliberativa y en las condiciones que harán posible una mejor deliberación, y no en buscar cortapisas apriorísticos para la deliberación<sup>38</sup>. Estas condiciones se refieren a cuestiones tales como lograr una participación ple-

35 El principio del discurso de la teoría de Habermas expresa cuanto sigue: «Son válidas las normas de acción con las que todas las personas posiblemente afectadas por las mismas pudieran prestar su acuerdo como participantes en discursos racionales.» (Citado en Jürgen HABERMAS, «Introduction», *Ratio Juris*, Vol. 12, No. 4 (Diciembre, 1999), p. 332.)

36 Jürgen HABERMAS, «Tres modelos de democracia», *Colección Eutopías*, Vol. 43 (1994), pp. 8-9.

37 HABERMAS, op. cit. supra nota 30, pp. 332-3

38 HABERMAS, op. cit. supra nota 30, p. 296.

na, un flujo de información adecuado, la conformación de foros idóneos para la discusión y la formación de la opinión pública, etc. Es la estructura comunicativa la que permitirá que los temas más relevantes y los mejores argumentos lleguen a la palestra política, posibilitando de esta manera que las decisiones más racionales y justas sean adoptadas. En el fondo, Habermas concibe al Estado constitucional y democrático de derecho como una respuesta a la pregunta de cómo pueden ser institucionalizadas las demandas de las formas comunicativas de una opinión y formación de voluntad democrática<sup>39</sup>: «el proceso democrático hace posible que los temas y contribuciones, información y razones circulen libremente; asegura un carácter discursivo a la formación de la voluntad política; y por tanto fundamenta la asunción falibilista de que los resultados que emerjan de los procedimientos adecuados serán más o menos razonables»<sup>40</sup>.

## II.5. ¿TIENE LA CONCEPCIÓN DELIBERATIVA UNA FUNCIÓN EPISTÉMICA? EL PRINCIPIO MAYORITARIO EN LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

¿Está realmente fundamentada la asunción de Habermas que acabamos de ver? Una de las virtudes que se predica de la concepción deliberativa de la democracia consiste en la supuesta capacidad de ésta de producir resultados más o menos justos o razonables. En definitiva, la deliberación constituye un procedimiento que nos permite informarnos, debatir, conocer y cotejar múltiples perspectivas, escuchar la mayor cantidad posible de voces, intercambiar pareceres, detectar errores lógicos y fácticos que podrían pasar desapercibidos en un monólogo, presentar nuestras posiciones en términos racionales y aceptables a los demás, obligarnos a reflexionar mejor sobre nuestras posiciones y los argumentos que las sostienen, etc. En esto se escucha el eco del principio de sabiduría de la multitud de Aristóteles o de cierta lectura del teorema de Condorcet. Según el primero de ellos:

Puesto que los muchos, entre quienes cada individuo no es un hombre bueno, cuando se reúnen pueden ser mejores que los pocos buenos, si se los mira no de manera individual sino colectiva, del mismo modo en que una fiesta en la cual muchos contribuyen es mejor que una cena que salga de un solo bolsillo. Pues cada individuo entre los muchos contiene una parte de excelencia y sabiduría práctica, y cuando se reúnen, del mismo modo en el que en cierto sentido se convierten en un hombre, el cual posee muchos pies, manos y sentidos, así también ocurre con relación a su carácter y pensamiento. Por tanto los muchos son mejores jueces que un hombre único de la música y de la poesía; puesto que algunos entienden una parte, y otros otra, y entre ellos comprenden el todo<sup>41</sup>.

39 Jürgen HABERMAS, «Three Normative Models of Democracy», en Benhabib, op. cit., p. 27.

40 HABERMAS, op. cit.

41 Citado por Jeremy WALDRON en *The Dignity of Legislation* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999).

Por su parte, el teorema de Condorcet expresa que las decisiones mayoritarias tomadas en un grupo tenderán con mayor probabilidad a hallar la solución correcta que un miembro promedio del grupo. Es más, las probabilidades de hallar esta solución aumentan cuando aumento el número de miembros del panel, siempre que la competencia de los miembros de cada grupo sea superior a 0.5<sup>42</sup>.

Existen objeciones clásicas a este tipo de argumentos que parecen desvirtuar la pretensión epistemológica fundada en los mismos. Me limitaré a señalar aquí dos de ellas. En un pasaje muy elocuente, John Finnis mantiene que resulta incoherente asumir las perspectivas y puntos de vista de todos en razón de que muchos (si no la gran mayoría) de estos puntos de vista y perspectivas resultan acríticos y poco reflexivos<sup>43</sup>. La otra crítica apunta al corazón de la teoría consensual de la verdad y fue expresada lapidariamente por Taine al decir que «10.000.000 de ignorancias no hacen un saber»<sup>44</sup>.

Por lo demás, no todos los autores están de acuerdo con la supuesta capacidad epistémica de la democracia deliberativa. Rawls, por ejemplo, considera que el resultado de una votación producto de una deliberación realizada conforme a la razón pública no necesariamente debe ser considerado como «verdadero» o «correcto». El proceso deliberativo cumple únicamente una función de legitimación. Si las leyes son adoptadas tras un proceso de discusión racional, entonces éstas deberían obligar moralmente a los ciudadanos, cosa que podría no ocurrir ante la ausencia de dicho proceso previo de discusión<sup>45</sup>. En la misma línea, Cohen mantiene que la democracia deliberativa no presupone una concepción epistémica<sup>46</sup>, en tanto que Gutmann y Thompson aseveran que su teoría no se alinea con ninguna asunción fuerte acerca del estatus filosófico de los juicios morales o del conocimiento<sup>47</sup>.

Sin embargo, autores como Habermas y Nino insisten en la eventual capacidad epistémica de la deliberación. La democracia deliberativa nos permitiría acceder al conocimiento de las soluciones más o menos justas o razonables. Nino observa que bajo condiciones ideales de diálogo, una asamblea delibe-

42 Citado por WALDRON, *ibid.*, p. 32. A decir verdad, el teorema de Condorcet es más complicado de lo que a primera vista parece, ya que Condorcet agregó que a medida que aumenta el tamaño del panel, disminuyen las posibilidades de que sus integrantes posean una competencia superior a 0.5, por lo cual una asamblea demasiado grande tenderá a cometer fallos.

43 Ver John FINNIS, «Natural Law and the Ethics of Discourse», *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 43 (1998), pp. 53 y sgts.

44 Citado por Giovanni SARTORI, en «Democracia», incluida en la compilación del mismo autor *Elementos de teoría política* (Madrid: Alianza Editorial, 1992), p. 58.

45 RAWLS, *op. cit.* supra nota 16. Sin embargo, el propio Rawls se encarga de señalar más adelante que los ciudadanos aprenden y se benefician con el debate, y que cuando éste se ciñe a la razón pública, se enriquece la cultura política de la sociedad y se fortalece la comprensión mutua de sus miembros, incluso cuando no se llega al consenso. (*Ibid.*, p. 195).

Para una exposición más acabada con relación a la obediencia al derecho en la teoría de Rawls, ver la obra del Prof. Juan Manuel PÉREZ BERMEJO, *Contrato social y obediencia al derecho en el pensamiento de John Rawls* (Granada: Editorial Comares, 1997).

46 COHEN, *op. cit.* supra nota 33, p. 100.

47 GUTMANN y THOMPSON, *op. cit.*, p. 5.

rante tenderá a buscar soluciones racionales e imparciales. Pero, ¿cuáles son estas condiciones ideales? Aquí nuevamente acudimos a la teoría del discurso. Esta teoría presupone una concepción discursiva y consensual de la verdad<sup>48</sup>. Se basa en la premisa de que la acción comunicativa orientada al entendimiento mutuo (por oposición, por ejemplo, a una acción estratégica orientada al cálculo de intereses) presupone una estructura básica y un conjunto de reglas que son universales en el sentido de que están implícitas en las condiciones que hacen posible la comunicación y el lenguaje. Si logramos de alguna manera trasplantar estas reglas al ámbito de la política, que es el que aquí nos interesa, obtendríamos el procedimiento adecuado para reproducir la teoría del discurso en el ámbito del proceso político.

En el ámbito político, las reglas ideales del discurso exigirían desde reglas orientadas al desarrollo mismo del discurso, como por ejemplo, la posibilidad de participación inclusiva, libre, igual y sin coerciones de ningún tipo de todos los afectados en una deliberación, la invalidez de ciertos tipos de argumentos que violen criterios de universalidad, imparcialidad, reciprocidad y corrección lógica, hasta reglas que hacen a la configuración de las instituciones y procesos deliberativos, tales como la adecuación del tamaño de una asamblea deliberativa, reglas procesales para conducir el debate, etc. A lo cual Habermas agregaría, como hemos visto más arriba, la necesidad de contar, paralelamente a los procedimientos institucionalizados, con un ámbito de formación de la opinión pública que asegure el libre flujo de ideas, argumentos y de cuáles son los temas más relevantes que merecen ser discutidos en el foro público.

En condiciones ideales del discurso, el objetivo es lograr el consenso. Si el consenso es arribado tras un procedimiento discursivo ideal en el que se han seguido las condiciones ideales del discurso, entonces la conclusión del discurso podrá considerarse como «verdadera» o «correcta». De ahí la idea de la función epistémica de la democracia deliberativa. No obstante, en las condiciones reales de la política, los debates raramente terminan en consenso, por lo cual se debe acudir a la votación regida por el principio mayoritario. En palabras de Nino, la democracia es un proceso de discusión moral sujeto a un límite de tiempo<sup>49</sup>. Cuando el tiempo se acaba y el consenso no se ha producido, se debe proceder a la votación.

Para la concepción deliberativa de la democracia, el principio mayoritario es visto no como fuente de legitimación, sino como una exigencia del tiempo que no nos permite continuar indefinidamente con la deliberación, ya que de ser así podríamos caer en inmovilismo y terminar favoreciendo el status quo<sup>50</sup>. En este caso, la regla de la mayoría se convierte en el mejor sucedáneo de la

48 Para una introducción, ver el artículo de Robert ALEXY, «Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica», en el libro del mismo autor *El concepto y la validez del derecho* (Barcelona: Gedisa, 1997), pp. 131 y sgts.

49 Carlos Santiago NINO, *La constitución de la democracia deliberativa* (Barcelona: Gedisa, 1997).

50 NINO, op. cit., p. 167.



unanimidad. Además, la decisión mayoritaria reviste, siempre según la teoría del discurso, la mayor capacidad epistémica ante la ausencia del consenso<sup>51</sup>.

Pero quizás la aportación más importante de la concepción deliberativa sobre este asunto es que permite concebir al principio mayoritario como un punto de encuentro meramente provisional. El principio mayoritario encuentra legitimación únicamente en la medida en que en algún momento la deliberación pueda ser reabierta con la aportación de nuevos argumentos, enfoques y perspectivas, y en que la minoría tendrá una nueva chance de convencer a la mayoría acerca de la validez de sus posiciones. Para el modelo deliberativo, ningún resultado es definitivo sino que puede ser revisado. Aquí yace la justificación de la regla mayoritaria, ya que ésta puede ser modificada. Esto explicaría además porqué las democracias tienen partidos de gobierno y de oposición<sup>52</sup>.

## II.6. VIRTUD CÍVICA Y PERFECCIONISMO

Uno de los malentendidos que podría generarse en torno a una teoría de la democracia deliberativa tiene que ver con la importancia asignada por ésta a la idea de la virtud cívica. Bajo esta perspectiva, se señala que la democracia deliberativa cifra demasiadas expectativas en la idea de una ciudadanía activa y participativa orientada a la búsqueda del bien común. Conforme hemos visto más arriba, se podría señalar la falta de adecuación de este cuadro a la realidad de la vida política, compuesta por algo más que ciudadanos bien intencionados buscando el bien común, y que además, en las democracias contemporáneas existen elevados niveles de apatía política que impedirían la vigencia del ideal deliberativo. Sin embargo, hemos argumentado que el enfoque no es tan idealista como a primera vista parece (ver 2.1.1.). Hemos visto además de qué manera la teoría de Habermas podría contribuir a superar una excesiva idealización de este enfoque, permitiendo que en la arena política entren todo tipo de consideraciones y razones (tales como el compromiso, la acción estratégica, etc.), ya que en definitiva, lo que asegura la racionalidad del proceso político son las reglas mismas del procedimiento (ver 2.4.). A lo cual añade esta teoría que el éxito de la democracia depende, no tanto de la ciudadanía activa, sino de las instituciones y de los correspondientes procesos y condiciones para la comunicación<sup>53</sup>.

No obstante, hay algo de verdad en la afirmación de que la democracia deliberativa exige al menos un concepto débil de virtud cívica. Al fin y al cabo, si los ciudadanos buscan sólo el engaño, la manipulación, la dominación, o la satisfacción única y exclusiva del interés particular a toda costa, parece poco probable que pueda florecer una genuina democracia deliberativa orientada al diálogo, al entendimiento, a la búsqueda de soluciones racionalmente satisfac-

51 Ibid., p. 168.

52 BENHABIB, op. cit., p. 72.

53 HABERMAS, op. cit. supra nota 39, p. 27.

torias para todos los afectados, y a la disposición para modificar nuestras preferencias por medio del debate<sup>54</sup>. Además, el exceso de apatía política resultaría fatal para una concepción deliberativa de la democracia.

Por otro lado, el ideal de la virtud cívica puede dar lugar a acusaciones de sectarismo y perfeccionismo en contra de la democracia deliberativa. Lo primero por cuanto que esta teoría favorecería una cierta concepción privilegiada de la buena vida, representada por el ideal del ciudadano activo, en detrimento de otras doctrinas razonables acerca de la buena vida que podrían prescindir de esta exigencia participativa. A esto replica Cohen señalando que la democracia deliberativa no tiene por objeto establecer una determinada concepción de la buena vida, sino que únicamente gira en torno al tema de la justificación política<sup>55</sup>. Naturalmente, esto dependerá de la lectura más o menos débil o fuerte que adoptemos con relación al ideal deliberativo.

La acusación de perfeccionismo tiene que ver con una interpretación de la democracia deliberativa en virtud de la cual la misión del Estado sería la de propiciar un modelo de ciudadano activo y participativo que, apoyándose en sus libertades positivas, irrumpa en el foro público para ir configurando el ideal colectivo de vida. Esto atentaría claramente contra el principio de autonomía de las personas, en virtud del cual son éstas quienes deben libremente decidir y elegir el modelo de vida que desean. Según este principio de raíz liberal, no es tarea del Estado imponer un cierto ideal de excelencia personal, en este caso reflejado en la imagen del ciudadano participativo. Es cierto que existen teorías de la democracia deliberativa asociadas al republicanismo o al comunitarismo contra las cuáles sí podrían esgrimirse objeciones de este tipo<sup>56</sup>. No obstante, la crítica perdería fuerza cuando se la dirige hacia las concepciones deliberativas de la democracia asociadas a la teoría del discurso o respetuosa de ciertas exigencias liberales básicas.

Concedemos además que la democracia deliberativa encierra hasta cierto punto una exigencia participativa, ya que una de sus aspiraciones consiste precisamente en que las decisiones políticas que van configurando la vida social puedan ser determinadas por todos los afectados, y que además, cuánto más voces sean contempladas, tanto mejor para la deliberación. De aquí que también adquiera cierta relevancia para la democracia deliberativa la libertad positiva y todos los derechos que contribuyen a la realización de esta libertad (derechos de participación, de votación, etc.).

La posición de Habermas sobre el punto es bastante esclarecedora. El filósofo alemán intenta trascender el liberalismo clásico con su énfasis en la autonomía privada y la antigua tradición republicana con su énfasis en la auto-

<sup>54</sup> Por eso FINNIS subraya que una teoría procedimental debe ir acompañada de valores sustantivos, como el de la amistad (en su sentido aristotélico). Finnis, op. cit.

<sup>55</sup> COHEN, op. cit. supra nota 6, p. 149-150.

<sup>56</sup> No puedo extenderme aquí en los conceptos de republicanismo y comunitarismo. Para una guía útil, me remito a las discusiones obrantes en Roberto GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls* (Barcelona: Paidós, 1999).

nomía pública, lo cual se traduce en el choque entre los derechos humanos que protegen la esfera privada contra las decisiones tiránicas de la mayoría (liberalismo) versus las ideas de la soberanía popular (republicanismo). Buscando superar este antagonismo, Habermas mantiene que «la autonomía privada y la pública se presuponen mutuamente de manera tal que ni los derechos humanos ni la soberanía popular pueden reclamar primacía sobre su contraparte»<sup>57</sup>. A lo cual añade que «la autonomía privada de ciudadanos con derechos iguales puede ser asegurada sólo en la medida en que los ciudadanos activamente ejerciten su autonomía cívica»<sup>58</sup>, ya que es precisamente en el ámbito de lo público donde se definen los contornos precisos de la autonomía privada. De modo que, si bien cabría un espacio para la no participación, ello iría en claro detrimento de quienes se abstienen, ya que no podrían ser autores del ámbito de autonomía privada que resulta configurado desde la vida pública.

De todos modos, esto no quita que la democracia deliberativa resulte perfectamente compatible con la posibilidad de que algunos decidan no participar del proceso deliberativo. Parafraseando a Dryzek, es la capacidad o la oportunidad de participar la que está en juego, pero la gente puede optar por no participar. De modo que la democracia deliberativa podría compatibilizarse con las exigencias de la libertad negativa del liberalismo clásico y respetar de esta manera el principio de autonomía de las personas<sup>59</sup>.

### III. ALGUNAS DERIVACIONES INSTITUCIONALES

Las derivaciones institucionales de la democracia deliberativa son difíciles de determinar fundamentalmente por dos razones. En primer lugar en razón de que, como bien señala Kymlicka, dado el nivel de abstracción, es difícil llevar a la práctica nuestras concepciones o teorías sobre la justicia y no podemos determinar exactamente qué tipo de instituciones se requerirían para satisfacer más cabalmente el ideal<sup>60</sup>. Por lo demás, tal como hemos visto, existen distintas concepciones acerca de la democracia deliberativa, las cuales en no pocas ocasiones se hallan en conflicto entre sí, ya sea en términos generales o bien con re-

57 HABERMAS, op. cit. supra nota 35, p. 332.

58 Ibid., p. 334-5.

59 NINO representa el mejor ejemplo: «A diferencia de la doctrina de la soberanía popular, del perfeccionismo o de las concepciones dialógicas que no se apoyan en el valor epistémico del proceso democrático, la concepción de la democracia defendida aquí trata de respetar un conjunto de presupuestos liberales fuertes.» (Nino, op., cit., pp. 197-8.) Hay quien podría pensar que esta salida constituye una salida fácil, ya que en realidad la no participación efectiva atenta contra la legitimidad que la democracia deliberativa intenta establecer. Es decir, sin participación plena, la democracia deliberativa pierde de hecho legitimidad. No podemos ocuparnos aquí de esta sugestiva crítica, pero pensamos que, conforme hemos expuesto, es posible conciliar la exigencia participativa con el deseo de no participar.

60 Will KYMLICKA, *Filosofía política contemporánea* (Barcelona: Ariel, 1995), pp. 102 y sgts. Kymlicka se refiere en especial a la dificultad de determinar el tipo de arreglos institucionales a los que las teorías liberal-igualitarias de Rawls y Dworkin conducirían.

lación a cuestiones específicas. De todos modos, la idea genérica que subyace a todas éstas es que nuestras instituciones y prácticas estén configuradas de manera a promover las mejores condiciones posibles de deliberación pública.

En su obra *La constitución de la democracia deliberativa*, Nino analiza precisamente dichas instituciones y prácticas de la vida política a la luz de su concepción deliberativa, y desarrolla un catálogo de temas a los que aplica fecundamente su teoría. Así, Nino observa cómo una forma de gobierno parlamentaria satisfaría de mejor manera que una forma presidencialista las condiciones ideales de una democracia deliberativa; o por qué un sistema electoral proporcional estaría en mejores condiciones que uno mayoritario para satisfacer las expectativas de la democracia deliberativa; o cómo podríamos legitimar la democracia representativa vigente en la mayoría de los países ante el ideal de la democracia directa que intuitivamente podría parecer superior desde la óptica del ideal deliberativo<sup>61</sup>.

Por su parte, Dryzek nos dice de qué manera autores que se han ocupado de la democracia deliberativa apoyarían políticas tales como la democracia ecológica o la democracia transnacional, etc.<sup>62</sup> La democracia deliberativa también tendría un papel importante que jugar a la hora de exigir la participación libre e igual, es decir, sin coerciones de ningún tipo, de todos los segmentos sociales en el proceso político. Esto naturalmente supone la materialización efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales que garanticen un grado de emancipación y autonomía suficientes para que la participación en los procesos deliberativos resulte significativa y provechosa. En este sentido la democracia deliberativa constituye un ideal de talante claramente progresista.

Evidentemente, no podemos ocuparnos aquí de todas estas cuestiones. De todas maneras, intentaremos demostrar de qué manera una concepción deliberativa de la democracia se conecta o podría conectarse con dos temas de capital importancia para la teoría política, a saber, la teoría de la representación y la institución del control judicial de constitucionalidad.

### III.1. TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN

En el ámbito de la teoría de la representación la democracia deliberativa ofrece perspectivas interesantes. Históricamente, el argumento de la deliberación fue utilizado en contra de la idea del mandato imperativo<sup>63</sup>. Recordemos aquí la famosa expresión de Burke, quien afirmaba que el Parlamento no es una lucha de intereses, sino la asamblea deliberante de una sola nación, con un solo interés, el del todo. De esta forma, ya en los albores de la modernidad se cuestionaba la visión pluralista de la política cuyo único objeto sería el de agregar intereses par-

61 NINO, op. cit. Ver especialmente el capítulo 6, «La implementación de la democracia deliberativa», pp. 202 y sgts.

62 DRYZEK, op. cit.

63 ELSTER, op. cit., p. 16.

ticulares<sup>64</sup>. Ante esta imagen, Burke dejaba vislumbrar que la política debía ser más que simple agregación de intereses, orientándose, por medio de la deliberación, hacia la búsqueda de soluciones más imparciales desde el punto de vista del interés colectivo. Bajo el modelo deliberativo, el representante no está simplemente para expresar la voluntad de sus electores, sino que tiene la obligación de buscar una solución que contemple todos los intereses en juego, para lo cual habrá de valerse de argumentos que apelen a la imparcialidad y a la racionalidad de los demás ciudadanos. «Gobernar y hacer leyes son cosa de la razón y del juicio, no de la voluntad»<sup>65</sup>. Esta misma lógica podría aplicarse hoy al problema de la duplicidad de la representación generada por los partidos políticos y que en su momento fue señalada por Duverger<sup>66</sup>. Más que representar al partido, el representante debería comprometerse con los valores de racionalidad e imparcialidad tendientes a contemplar los intereses de todos, no sólo los de un partido determinado.

Otra derivación de la democracia deliberativa en este ámbito podría estar asociada a las nuevas teorías sobre la representación de minorías o de grupos sistemáticamente marginados y excluidos de la vida pública. La teoría de la democracia deliberativa, con su insistencia en la participación de todos y cada uno de los afectados por una decisión<sup>67</sup>, nos empujaría hacia nuevas direcciones en la búsqueda de un diseño institucional que permita a estos grupos una voz en el proceso político de manera a lograr una democracia auténticamente inclusiva. En este sentido, Kymlicka sugiere una serie de medidas institucionales tendientes a este fin, tales como la adopción de un sistema electoral proporcional que permita la presencia de grupos minoritarios en el Parlamento, la asignación de cuotas o escaños fijos, o la facultad de impugnar decisiones legislativas que tengan que ver con los intereses de estos grupos, etc.<sup>68</sup> Todo esto no hace sino ejemplificar la rica variedad de matices y derivaciones que una concepción deliberativa de la democracia podría traer aparejados.

64 Es notorio que la constitución francesa de 1791 rechazó el mandato vinculante, en razón de que en aquel entonces ya suscribían la tesis de que el representante representa a la nación y no a sus electores. (NINO, op. cit., p. 167).

65 Citado por Giovanni SARTORI en su obra «Representación», en la compilación del mismo autor *Elementos de teoría política* (Madrid: Alianza Editorial, 1992), p. 262.

De cualquier manera, el conservadurismo elitista de Burke no permite catalogarlo precisamente como un precursor de la democracia deliberativa, al menos en la vertiente contemporánea inclusiva e igualitaria de ésta.

66 Ibid., p. 275.

67 La concepción deliberativa insiste acertadamente en la tesis difundida por Mill y otros autores clásicos de que nadie conoce mejor que uno sus propios intereses.

68 Will KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural* (Barcelona: Paidós, 1996). Ver especialmente el capítulo «Asegurar la voz de las minorías», pp. 183 y sgts. Kymlicka no es precisamente un teórico de la democracia deliberativa, no obstante lo cual no es difícil notar cómo sus propuestas encajan bien con una teoría de la democracia deliberativa. La obra de Iris Marion Young también es significativa en el sentido de insistir en la importancia para una concepción deliberativa de la democracia de tomar en cuenta las diferencias entre distintos grupos sociales, a fin de propiciar una participación más activa de cada grupo en los procesos de toma de decisiones. Ver, por ejemplo, «Difference as a Resource for Democratic Communication», en James Bonham y William Rehg (Eds.), *Deliberative democracy. Essays on Reason and Politics* (Cambridge: MIT Press, 1997).

### III.2. CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Otra posible aplicación interesante de la concepción deliberativa de la democracia se da con relación a la institución del control judicial de constitucionalidad de las leyes, aunque tampoco aquí parece que puedan extraerse conclusiones precisas. Muy por el contrario, así como a partir de la democracia deliberativa existen argumentos que favorecerían el libre desarrollo del proceso político sin la intromisión indebida de poderes no democráticos como el judicial, también existen argumentos que encuentran en el órgano judicial al contralor de la racionalidad e imparcialidad propias de una genuina democracia deliberativa<sup>69</sup>.

#### III.2.1. La concepción procedimental discursiva

En cuanto a lo primero, habíamos visto más arriba que en el modelo de la democracia deliberativa los ciudadanos no se ven a sí mismos como vinculados a un conjunto de derechos determinados apriorísticamente con relación al proceso político, sino sólo en la medida en que dichos derechos resulten necesarios para favorecer las condiciones mismas que hacen posible la comunicación (derechos de participación, de igualdad, de libertad de pensamiento, asociación y expresión, derechos que garanticen condiciones materiales mínimas, etc.) Más bien, por el contrario, los derechos son vistos como posible objeto de las prácticas deliberativas de la ciudadanía. Aquí cobra cierta relevancia para la concepción deliberativa la importancia de los derechos positivos de participación, en contraste con los derechos liberales clásicos entendidos como ámbito para la libertad negativa, como modo en el cual la ciudadanía va configurando las decisiones que hacen a las cuestiones públicas de la sociedad, como lo son todas las cuestiones relacionadas a los derechos y libertades públicas (ver 2.6.).

De conformidad a este paradigma, la institución del control jurisdiccional de constitucionalidad debería reducirse a su mínima expresión a fin de no interferir indebidamente en las decisiones de la asamblea deliberante. Recordemos que la legitimidad política descansa en las decisiones racionales adoptadas por dicha asamblea, y la intromisión del poder judicial podría ser vista aquí como un atropello a la legitimidad del sistema. Además, si adoptamos la concepción epistémica, la asamblea deliberante también estaría en mejores condiciones de conocer cuáles son las decisiones correctas que un órgano de naturaleza judicial.

Esto pone sin duda a la concepción deliberativa en un aprieto, ya que bajo el esquema recién expuesto parecería conducir a otorgar todo el poder político a la mayoría, dejando a la minoría indefensa ante los abusos de aquella. La res-

<sup>69</sup> Naturalmente, lo que sigue es sólo una discusión introductoria. Para un estudio más exhaustivo ver, por ejemplo, C. F. Zurn, «Deliberative Democracy and Constitutional Review», en *Law and Philosophy*, 21 (2002).

puesta de la concepción deliberativa a esta inquietud consiste en conceder facultades mínimas —aunque en modo alguno triviales— de intervención al poder judicial, con la finalidad de salvaguardar los derechos que hacen posible el ejercicio de la autonomía pública y privada de los individuos, que son los que posibilitan las condiciones mismas de la deliberación.

Para aclarar esta idea, traemos a colación la explicación de Nino, quien distingue entre derechos *a priori* y derechos *a posteriori*. Los derechos *a priori* son precisamente los que permiten la existencia de una democracia deliberativa, tales como el derecho de participación, la libertad de expresión, la igualdad de oportunidades para participar de la deliberación, la ausencia de coerciones de cualquier tipo<sup>70</sup>, la libertad de pensamiento y de asociación, etc.<sup>71</sup> Cuando dichos derechos son de alguna manera vulnerados, ahí sí cabría la actuación del órgano jurisdiccional para restablecer las condiciones necesarias de la deliberación.

Por su parte, los derechos *a posteriori* constituyen una amplia variedad de intereses y valores que conforman el día a día de la política, o sea, los que se sitúan en el ámbito de lo que Gutmann y Thompson denominan «democracia media». Si la discusión acerca de todos estos derechos es dejada a merced de los órganos jurisdiccionales, entonces prácticamente desaparecería el espacio dentro del cual la ciudadanía podría libremente ir configurando el modelo de sociedad al que aspiran. Todo esto se traduce, naturalmente, en una determinada concepción de la constitución:

...la constitución no debe ser concebida como si fuera un orden legal concreto que impone *a priori* una forma toda de vida sobre la sociedad en su conjunto. Por el contrario, la constitución fija los procedimientos políticos de conformidad a los cuales los ciudadanos pueden, en el ejercicio de su derecho a la auto-determinación, perseguir exitosamente el proyecto cooperativo de establecer condiciones justas (relativamente más justas) para la vida<sup>72</sup>.

70 Nótese que este esquema no necesariamente excluye el control jurisdiccional en cuestiones que tengan que ver con los derechos sociales y económicos. Precisamente la carencia de condiciones materiales mínimas que tornen inviable el pleno ejercicio de los demás derechos, o que disminuyan las posibilidades de una participación cualitativa y significativa de ciertos grupos sociales empobrecidos o marginados, constituirían casos arquetípicos de «coerción» externa. En línea de principio suscribimos la tesis de Víctor Javier Vázquez Alonso, en virtud de la cual «la salud de un procedimiento público de participación, depende no sólo de las garantías formales y procedimentales, sino también de la existencia de determinadas condiciones materiales de igualdad en donde se pueda desarrollar la libertad democrática». («El valor pluralismo como paradigma de integración constitucional». Trabajo inédito.)

De cualquier manera, esta tema nos obligaría a realizar un tratamiento más detallado de la cuestión, ya que las dificultades que presenta son obvias. Si aceptamos una versión fuerte de la defensa judicial de los derechos socio-económicos, la libertad de configuración de estos derechos a través del proceso político podría reducirse en exceso, lo cual resultaría incompatible con las aspiraciones del ideal deliberativo.

71 En sintonía con su concepción epistémica, Nino establece aquí un paralelismo con la teoría kantiana del conocimiento. Así como los juicios *a priori* kantianos serían las precondiciones del conocimiento empírico, los derechos *a priori* constituirían las precondiciones para el conocimiento de los demás derechos. (NINO, op. cit., p. 201, nota al pie 32.)

72 HABERMAS, op. cit. supra nota 19, p. 263.

De modo que en el debate «constitucionalismo» versus «legalismo» (o democracia), la concepción deliberativa intenta lograr un justo equilibrio<sup>73</sup>. El espíritu de Rousseau prevalece sobre el de Locke, pero únicamente en la medida en que se respeten los procedimientos y reglas que asegurarán el respeto a los ideales liberales de protección de las minorías contra las decisiones mayoritarias, los cuales están dados en este caso por las condiciones que hacen posible la comunicación (entre los cuales se encuentran no sólo los derechos y libertades clásicos, sino también los derechos sociales, económicos y culturales que posibilitan el ejercicio pleno y significativo de los aquellos). De esta forma se explica el complejo ideal que encierra la forma del Estado que es constitucional y a la vez democrático<sup>74</sup>. Para la concepción deliberativa, la constitución no constituye un orden omnicomprendivo de toda la vida social que debe ser simplemente desarrollado por el legislador y en donde no cabría ámbito alguno para la libre creación, sino que permite un amplio margen para la configuración de la vida social a los ciudadanos. Todo esto llevaría a favorecer el empleo de técnicas acordes al self restraint o al minimalismo judicial, como por ejemplo la adopción de una postura de orientación thayeriana ante la legislación, es decir, que otorgue a las leyes una presunción de legitimidad en función al pedigree democrático de las mismas<sup>75</sup>.

La imagen que hemos presentado en este apartado, en donde el órgano jurisdiccional es concebido como gendarme de las condiciones necesarias para la deliberación, puede a primera vista parecer similar a la de John Hart Ely, quien otorga facultades de intervención a los jueces para asegurar condiciones de participación y para evitar la discriminación<sup>76</sup>. Sin embargo, en la teoría de Ely el tribunal constitucional (o más bien, la Corte Suprema) no aparece precisamente como un «defensor de la democracia deliberativa»<sup>77</sup>. Muy por el contrario, Ely no tiene en mente una concepción deliberativa de la democracia, sino que subyace a la construcción de su teoría una visión del proceso político asentada en un modelo pluralista de agregación de intereses. Bajo este paradigma el juez tiene la única misión de interferir para que este proceso de agregación se lleve a cabo sin obstáculo y para que todos los grupos de interés afectados puedan participar, y no precisamente para favorecer la deliberación, entendida ésta como el debate público guiado por razones imparciales capaces de modificar las preferencias pre-políticas<sup>78</sup>.

73 Para una ilustración breve del problema, ver Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil* (Madrid: Trotta, 1995), pp. 150 y sgts.

74 Idem.

75 Una teoría del control judicial de este tipo es desarrollada por Victor FERRERES COMELLA en su *Justicia constitucional y democracia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), al cual nos remitimos para un tratamiento más detallado.

76 Ver John HART ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1980).

77 Cass R. SUNSTEIN, *A Republic of Reasons*, en John GARVEY y T. Alexander ALEINIKOFF, *Modern Constitutional Theory: A Reader* (St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1994), p. 61.

78 Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS, «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», en Miguel CARBONELL (comp.) *Teoría de la Constitución* (México, DF: Porrúa-Unam, 2000), p. 209. Para una



### III.2.2. La crítica de Dworkin

La visión de la concepción procedimental discursiva que presentamos en el apartado anterior parece a primera vista muy atractiva, no obstante lo cual no está exenta de críticas. Dworkin, por ejemplo, reacciona con una actitud desconfiada hacia el proceso político. El filósofo americano presenta una imagen realista de la vida política, donde nos encontramos con legisladores sometidos a presiones políticas y financieras de todo tipo, donde el debate político resulta con no poca frecuencia sumamente pobre, y donde los compromisos propios de la arena política podrían acabar subordinando importantes cuestiones de principio<sup>79</sup>.

Dworkin considera que esta imagen debería desaconsejar el hecho de que cifremos demasiadas esperanzas en el proceso político. Por el contrario, la calidad de la discusión podría mejorar, y la contribución de los ciudadanos podría ser más genuinamente deliberativa y orientada al bien común en un debate general a nivel de opinión pública que preceda o venga detrás de una decisión judicial, en lugar de ser decididas en una batalla política que culmine en una votación<sup>80</sup>. En palabras de Dworkin,

...los ciudadanos considerados individualmente podrían ser capaces de ejercitar su responsabilidad moral como ciudadanos mejor cuando la toma de decisiones finales es removida de la arena de la política ordinaria y es asignada a los tribunales, cuyas decisiones deberían estar basadas en principios, y no en el peso de los números o en el balance de la influencia política<sup>81</sup>.

Esta objeción se dirige no sólo a la teoría del control judicial de constitucionalidad de la concepción deliberativa, sino que descalifica la visión misma del proceso político guiado por razones y orientado al bien común que se sitúa en el centro de la democracia deliberativa. No obstante, Dworkin concede que no existe evidencia empírica suficiente que determine cuál de los modelos, el suyo o el deliberativo, sería más apto para promover condiciones genuinas de deliberación pública<sup>82</sup>. Ante la ausencia de datos empíricos, debemos seguir basándonos en especulaciones teóricas. Lo cierto es que en este campo tampoco existen razones suficientes para pensar que las decisiones judiciales revistan una calidad superior, como parece afirmar Dworkin cuando se refiere a las decisiones «de principio» realizadas en sede judicial.

Como acertadamente señala el Prof. Cascajo Castro, a los juristas nos gusta pensar en los tribunales con cierto romanticismo e imaginarlos inmunes a cualquier influencia, aunque lo cierto es que no dejan de estar sometidos a li-

distinción clara entre las concepciones deliberativas y las pluralistas, véase además Roberto GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno* (Barcelona: Ariel, 1997), pp. 161 y sgts.

79 Ver, Ronald DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 1997).

80 Ibid., p. 30.

81 Idem.

82 Ibid., p. 31.

mitaciones de tipo político...Sería una banalidad insistir, a fecha de hoy, en la mutilación que supone la consideración de un derecho constitucional indiferente a su alto voltaje político<sup>83</sup>.

Es precisamente este «voltaje político» (y moral) el que debería movernos a reflexionar acerca de la eventual adecuación del espacio político para resolver este tipo de cuestiones. Un ejemplo de esto se ve claramente en el caso del debate acerca de si existe o no un derecho al aborto<sup>84</sup>. Es cierto que probablemente este tema difícilmente podrá ser zanjado mediante el consenso obtenido a través de un debate público, por lo cual habrá de terminarse decidiéndose conforme a una votación<sup>85</sup>. No obstante, la deliberación pública permitirá que se ventilen todas las perspectivas, argumentos y aristas que envuelven a esta delicada materia, propiciando, si no la aceptación, al menos una cierta empatía que nos permita comprender las razones que sustentan las posiciones contrarias a las nuestras. Y si bien la cuestión terminará decidiéndose conforme al principio mayoritario, ello implicará únicamente, conforme a la concepción deliberativa de este principio, un acuerdo provisional, quedando abierta la posibilidad de que el debate se reabra en cualquier momento, ocasión en la cual la minoría podrá nuevamente, mediante la exposición de sus argumentos, intentar convencer a la mayoría acerca de la validez de sus razones.

No hay ningún motivo para suponer que un tribunal decidirá una cuestión como la del aborto de manera fundamentalmente distinta a cómo lo haría una asamblea deliberativa. En el seno del tribunal se reproducirán las mismas posiciones antagónicas, por lo cual el mismo probablemente terminará decidiéndose conforme al principio mayoritario. La diferencia radica, entonces, si no en la mayor capacidad epistémica de una asamblea deliberante en la cual estén representados todos los sectores afectados por encima de una élite judicial (lo cual dependerá de la aceptación de la tesis epistémica), cuando menos en la mayor legitimidad democrática de la primera. La cuestión podría reformularse entonces en estos términos: ¿Cómo deberíamos decidir las cuestiones fundamentales que afectan a nuestra sociedad? ¿Asignándolas a una élite judicial para que decidan conforme crean oportuno? ¿O mediante el debate abierto, incluso, en el cual puedan participar y oírse todas las voces y argumentos, donde podamos airear nuestras diferencias y buscar comprender las razones que subyacen a éstas, permitiendo la posibilidad de que las decisiones que tomemos sean revisadas cuando lo creamos oportuno?<sup>86</sup>

83 José Luis CASCAJO CASTRO, citando en parte a L. LESSIG, en «Constitución e interpretación constitucional», *Claves de razón práctica* (Diciembre, 2003), p. 18.

84 Ver por ejemplo, las posiciones de Rawls y de Habermas, que defienden un derecho al aborto, en contra de las posiciones de autores iusnaturalistas como Finnis o Robert George, quienes han generado ya una abundante literatura con sugerentes argumentos para rebatir a los primeros.

85 No podemos ocuparnos aquí de la explicación acerca de la irreconciliabilidad de ciertos desacuerdos morales y de cómo lidiar con ellos. Nos remitimos a la interesante discusión obrante en GUTMANN y THOMPSON, op. cit., pp. 29 y sgts.

86 Estas ideas han sido tratadas a profundidad por WALDRON en distintos trabajos, como por ejemplo en su *Law and Disagreement* (Oxford: Oxford University Press, 1999).

Esto nos obligaría a confrontar además la tesis que deposita las posibilidades de legitimación de la justicia constitucional en la teoría de la argumentación jurídica. Según esta tesis, el control judicial de constitucionalidad de las leyes podría justificarse sobre la base de que los tribunales constitucionales revisan las decisiones legislativas utilizando un método basado en la argumentación jurídica guiado por la razón práctica, el cual se distingue de la toma de decisiones llevada a cabo en sede política, en donde prevalece la lucha de intereses bajo el peligro de la tiranía de las mayorías coyunturales. Dada la enorme complejidad de este tema, no podemos analizarlo debidamente en este lugar. Aquí sólo diremos que si el proceso político es visto, como lo hace la concepción deliberativa, como una práctica orientada hacia la racionalidad y alentada por la imparcialidad y la objetividad, entonces no habría razón suficiente para suponer que el único repositorio de la razón práctica deba ser la judicatura.

### III.2.3. Sunstein y la justificación de la *judicial review*

Mientras que las teorías de Habermas y Nino abogan por un intervencionismo judicial mínimo tendente al florecimiento de un proceso político deliberativo robusto, Sunstein concibe al poder jurisdiccional como contralor de la racionalidad e imparcialidad propios de una genuina democracia deliberativa<sup>87</sup>. Este tipo de democracia aspira, según el mismo autor, a que los resultados sociales sean justificados no mediante referencias a la naturaleza o a prácticas tradicionales, sino sobre la base de razones<sup>88</sup>. El principio de imparcialidad constituye uno de los elementos de la teoría del constitucionalista de la Universidad de Chicago, y se traduce en la exigencia que los oficiales públicos invoquen razones orientadas al bien común para justificar sus preferencias políticas. El principio de imparcialidad proscribía el empleo de las «preferencias desnudas», por lo cual Sunstein entiende una categoría de preferencias que no estén apoyadas en ningún tipo de razón pública válida. De modo que una ley basada únicamente en preferencias desnudas constituiría el núcleo de una violación al ideal deliberativo<sup>89</sup>. Para Sunstein, la obligación del legislador no consiste en responder a la presión de los grupos de intereses sino la de seleccionar valores públicos adecuados mediante la deliberación y el debate<sup>90</sup>.

Si las preferencias desnudas no son válidas para fundamentar posiciones políticas, y si el Estado se ve obligado a invocar algún valor público para justificar su conducta, entonces el rol del control judicial de constitucionalidad estaría encaminado precisamente al control de los tipos de valores que serían permisibles. En efecto, no cualquier tipo de valor o razón pública sería admisible,

87 Es de notar que la teoría de la democracia deliberativa de Sunstein se halla relacionada al republicanismo cívico. Ver, por ejemplo, Cass R. SUNSTEIN, «Beyond the Republican Revival», *Yale Law Journal*, 97 (Julio, 1988), pp. 1539 y sgts.

88 SUNSTEIN, *supra* nota 77, p. 54.

89 *Ibid.*, p. 55.

90 *Ibid.*, p. 60.

ya que ello podría trivializar las aspiraciones de imparcialidad de la democracia deliberativa de Sunstein. Por ejemplo, podríamos apoyar un tratamiento preferencial para los pobres sobre la base de que necesitan asistencia; pero también podríamos justificar al mismo tiempo un tratamiento preferencial para los ricos sobre la base de que esto constituiría un incentivo para lograr mayores fuentes de trabajo y de riqueza. Así las cosas, todo terminaría siendo «potencialmente legal» y el ideal deliberativo terminaría siendo inútil<sup>91</sup>. Debemos buscar, por tanto, en la propia constitución y en la práctica judicial el conjunto de valores públicos que efectivamente servirían para constreñir el tipo de razones que pueden ser invocadas como justificación de la acción política, tales como ciertas cláusulas constitucionales que prohíben la discriminación, o ciertas doctrinas judiciales como la «heightened security» y la teoría de los medios impermisibles<sup>92</sup>.

Por tanto, bajo el modelo de Sunstein, el control jurisdiccional sirve para asegurar no sólo las condiciones procesales que permitirían la discusión y el debate, sino que sirve además como un mecanismo de control con relación tipo de razones que válidamente podrían ser invocadas en el proceso político. El control jurisdiccional de constitucionalidad de Sunstein sería el órgano encargado de velar por la racionalidad misma de las decisiones públicas, buscando de esta forma eliminar todo resquicio de arbitrariedad en las decisiones estatales.

Como podemos apreciar, este modelo es bastante distinto al expuesto en el párrafo anterior. La diferencia halla su explicación en dos lecturas distintas del ideal deliberativo, según que éste sea concebido como encaminado a lograr la racionalidad de los argumentos mismos (Sunstein), o bien, de las estructuras y procedimientos que regulan y posibilitan la deliberación (concepción discursiva y procedimental). Mientras que en el primero de ellos el rol de la judicatura tiende a ser más fuerte, el segundo potencia el proceso político y reduce el control jurisdiccional al mínimo.

#### IV. CONCLUSIÓN

La finalidad perseguida con la realización de esta investigación ha sido la de brindar una primera aproximación a la teoría de la democracia deliberativa. Para ello hemos creído identificar algunos temas que consideramos claves para lograr un primer acercamiento. No obstante, hemos dejado abiertas algunas cuestiones que merecerían ser retomadas en un estudio más pormenorizado. Por ejemplo, la de determinar con mayor precisión la extensión del ideal deliberativo y la identificación de los órganos y oficiales públicos que estarían constreñidos por el mismo, así como la fuerza del constreñimiento en cada

91 Ibid., p. 63.

92 Se trata, obviamente, de categorías doctrinales propias del derecho constitucional norteamericano.

caso. Asumimos que el parlamento aparecería como el principal órgano institucional en donde deberían cristalizar los ideales de la democracia deliberativa, pero, ¿hasta donde se extiende el ideal dentro de este ámbito? ¿Abarca todos los temas públicos, o sólo los de cierta naturaleza? ¿Se extiende también a las comisiones legislativas? ¿Qué hay de los otros poderes del Estado, en especial, del ejecutivo? ¿Qué conducta deberían observar de cara al ideal deliberativo? ¿Cómo quedaría este ideal ante la realidad de que hoy en día numerosas cuestiones de vital importancia, tales como el medioambiente, quedan relegadas al ámbito de dependencias burocráticas del Estado que actúan completamente al margen del ideal deliberativo? Por otro lado, ¿resultaría aconsejable extender el ideal deliberativo a otros ámbitos de la vida social más allá de lo estrictamente político?

Tampoco hemos tenido ocasión de explorar la posible configuración del ideal deliberativo como especificación del principio democrático establecido en la Constitución Española. Aquí resultaría interesante, por ejemplo, un estudio empírico acerca de la utilización de este ideal, explícita o implícitamente, en las sentencias del Tribunal Constitucional Español, o en su defecto, cómo pudo haber utilizado el tribunal la concepción deliberativa en casos donde el principio democrático estaba en juego. O la indagación, en una orientación similar a la seguida por Sunstein en el ámbito norteamericano, acerca de cómo ciertas cláusulas de la constitución favorecerían el ideal de una democracia deliberativa. Estas y muchas otras cuestiones no sido abordadas. Queda por tanto mucho trabajo por hacer para que ideal deliberativo esté en condiciones de constituir una guía eficaz para la acción política.